

# Strafrecht in der Examensklausur

Mitsch

2022

ISBN 978-3-8006-6597-6

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

dem gibt O dem T eine Liste mit Adressen, damit die Einladungen direkt von T an die Adressaten verschickt werden können.

(2) Gegen den Politiker P sind Gerüchte von Korruption und Untreue im Umlauf. Um dem entgegenzutreten, geht P in die Offensive. Er beauftragt die Medienberaterin M, in einer großen Tageszeitung eine Anzeige zu schalten, in der detailliert die gegen P erhobenen Beschuldigungen geschildert werden und zugleich dargelegt wird, dass und warum an den Vorwürfen »nichts dran« sei. M entwirft daraufhin einen Text, der mit den Worten beginnt: »Ich, P, informiere hiermit die Allgemeinheit über folgenden Sachverhalt:«. Nachdem P das Produkt des M genehmigt hat, lässt M die Anzeige in der Zeitung »Potsdamer Allgemeine« veröffentlichen.

Dass T in **Fall 1** keine strafbare Beleidigung zum Nachteil des O begangen hat, ist unschwer zu erkennen. Worauf es aber im strafrechtlichen Gutachten ankommt, ist die exakte Begründung dieses intuitiv gefundenen Ergebnisses. Es gibt keinen Gesetzestext, der dem Rechtsanwender bei dieser Aufgabe so wenig hilft, wie der Wortlaut des § 185. Diese Strafvorschrift nennt nur den Namen der Straftat, enthält aber überhaupt keine Tatbeschreibung und kein einziges Tatbestandsmerkmal. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass der objektive Tatbestand der Beleidigung eine Kundgabe<sup>646</sup> von Missachtung oder Nichtachtung voraussetzt.<sup>647</sup> Der beleidigende Charakter der Äußerung ist vom Empfängerhorizont zu bestimmen. Zieht der Empfänger aus dem Text den Schluss, dass der Urheber die betroffene Person geringschätzt oder verachtet, liegt eine Beleidigung vor. Hier ist für die Adressaten der Einladungsschreiben offensichtlich, dass die Bezeichnung des O als »alter Sack und Schürzenjäger« nicht ehrverletzend, sondern scherzhaft gemeint und zudem nicht von dem Hersteller und Versender der Karten stammt,<sup>648</sup> sondern auf O selbst zurückgeht. Dass O es selbst veranlasst hat, dass ein Druckwerk mit diesem auf seine Person bezogenen Text von jemand anderem verbreitet wird, nimmt dem ganzen Vorgang den beleidigenden Charakter. Das Unrecht wird also nicht durch eine rechtfertigende Einwilligung ausgeschlossen, sondern wegen des Einverständnisses des O wird überhaupt kein Beleidigungsunrecht begründet.<sup>649</sup>

In **Fall 2** geht es um den Straftatbestand Üble Nachrede (§ 186). Indem M die Anzeige in der Zeitung geschaltet hat, sind einem großen Kreis von Zeitungslesern Tatsachenbehauptungen bekannt geworden, die geeignet sind, das gesellschaftliche Ansehen des P zu schädigen. M hat diese Behauptungen zwar nicht selbst aufgestellt, tatbestandsmäßig ist aber auch ihr Verbreiten, also die Weitergabe von Dritten aufgestellter Behauptungen.<sup>650</sup> Allerdings war P damit einverstanden. Dies kann als rechtfertigende Einwilligung qualifiziert werden.<sup>651</sup> Vertretbar ist indessen auch die Ansicht, dass der offene Auftritt des P in dem Anzeigentext als Urheber der an die Allgemeinheit gerichteten Information der Publikation die Eigenschaft als »Verbreitung« nimmt. Denn obwohl die Gestaltung und Veröffentlichung der Anzeige von M bzw. den Mitarbeitern der Zeitung ausgeführt wurden, erscheint den Lesern als »geistiger Vater« der P selbst. Wie bei jedem Straftatbestand ist auch bei § 186 eine Handlung, deren möglicherweise verletzend Wirkung den Handelnden selbst trifft, nicht tatbestandsmäßig. Tatsachen-

646 Rengier StrafR BT II § 28 Rn. 20.

647 Krey/Hellmann/Heinrich StrafR BT I/Heinrich Rn. 462; Rengier StrafR BT II § 29 Rn. 20; Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm § 185 Rn. 2.

648 Zu diesem Erfordernis der Beleidigung Rengier StrafR BT II § 29 Rn. 21.

649 Maurach/Schroeder/Maiwald StrafR BT I § 24 Rn. 22.

650 Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm § 186 Rn. 8.

651 Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm § 186 Rn. 12.

bezogene Äußerungen, die jemand über sich selbst in Umlauf setzt, sind keine üble »Nach«-Rede.

- 149 Noch einmal erinnert sei hier (→ Rn. 67), dass bei dem Straftatbestand »Schwere Brandstiftung« der Inhaber des von der Tat betroffenen Objekts bewirken kann, dass der Täter den objektiven Tatbestand des § 306a Abs. 1 Nr. 1 nicht erfüllt. Die »Entwicklung« des »der Wohnung von Menschen« dienenden Gebäudes ist auch in der Form möglich, die Inbrandsetzung des Gebäudes durch einen anderen zu billigen.<sup>652</sup> Eine rechtfertigende Einwilligung kann diese Stellungnahme des Bewohners nicht sein, da § 306a ein Rechtsgut schützt, das einer Verfügung mittels Einwilligung entzogen ist.<sup>653</sup> Das dem Täter zur Kenntnis gebrachte Einverständnis mit der Zerstörung des Gebäudes hebt dessen Eigenschaft als »Wohnung« auf und hat zur Folge, dass der Täter dieses objektive Tatbestandsmerkmal nicht erfüllen kann. Betroffen von dem Einverständnis ist also nicht – wie zB bei §§ 123, 242 – das Handlungsmerkmal, sondern das passive Objektmerkmal. Die systematisch korrekte Begutachtung endet also schon bevor das Handlungsmerkmal berührt wird.
- 150 Ein Delikt, in dessen objektivem Tatbestand das Einverständnis des betroffenen Rechtsgutsinhabers strafbarkeitsausschließende Wirkung entfalten kann, ist anerkanntermaßen auch die Untreue (§ 266). Dieser Straftatbestand schützt das Vermögen,<sup>654</sup> also ein Individualrechtsgut, bezüglich dessen eine rechtfertigende Einwilligung ohne weiteres möglich ist.<sup>655</sup> Der Gesichtspunkt der rechtfertigenden Einwilligung kommt jedoch nicht zum Tragen, wenn die zustimmende Willenshaltung des Vermögensinhabers bereits der Erfüllung eines objektiven Tatbestandsmerkmals entgegensteht. Das ist bei beiden Tatbestandsalternativen der Fall: übt der Täter seine Verfügungsbefugnis im Einklang mit dem Willen des Vermögensinhabers aus, begeht er keinen »Missbrauch« dieser Befugnis.<sup>656</sup> Daran ändert die möglicherweise vermögensschädigende Wirkung der Verfügung nichts. Ebenso verhält es sich mit dem Treubruchtatbestand. Ist der Inhaber des vom Täter zu betreuenden Vermögens mit dessen vermögensbeeinträchtigender Einwirkung einverstanden, begeht der Täter keine tatbestandsmäßige Pflichtverletzung.<sup>657</sup>
- 151 Recht kompliziert gestaltet sich die Thematik des Einverständnisses im Rahmen des Straftatbestands Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142. Das Verhalten der anderen »Unfallbeteiligten« und »Geschädigten«, zu deren Gunsten der Täter anwesend sein und Feststellungen ermöglichen muss, kann in unterschiedlicher Weise Einfluss auf die Erfüllung der Strafbarkeitsvoraussetzungen haben. Entfernt sich der Geschädigte selbst vom Unfallort und bleibt der Feststellungsverpflichtete allein zurück, wird diesem dadurch die Erfüllung der Feststellungsermöglichungspflicht unmöglich. Entfernt er sich nun ebenfalls vom Unfallort, hängt seine Strafbarkeit davon ab, ob es ihm möglich gewesen war, seine Pflichten zu erfüllen, bevor der Geschädigte sich entfernt hatte.

---

652 BGH NStZ 1988, 71; 1994, 130; Küpper/Börner StrafR BT I § 10 Rn. 10; Rengier StrafR BT II § 40 Rn. 21; Schönke/Schröder/Heine/Bosch § 306a Rn. 5.

653 Rengier StrafR BT II § 40 Rn. 18: »Schutz der Allgemeinheit vor den von den Tathandlungen ausgehenden unberechenbaren (Lebens-)Gefahren«.

654 Mitsch JuS 2011, 97 (98); Rengier StrafR BT I § 18 Rn. 1; Schönke/Schröder/Perron § 266 Rn. 1.

655 Kühl StrafR AT § 9 Rn. 26; Rengier StrafR AT § 23 Rn. 9; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben vor § 32 Rn. 36.

656 Mitsch JuS 2011, 97 (99); Schönke/Schröder/Perron § 266 Rn. 21.

657 Mitsch JuS 2011, 97 (101); Rengier StrafR BT I § 18 Rn. 39; Schönke/Schröder/Perron § 266 Rn. 38.

**Fälle: (1)** Auf einer einsamen Landstraße nimmt T mit seinem Pkw dem O die Vorfahrt. Es kommt zu einer Kollision der beiden Fahrzeuge, die beide leicht beschädigt werden. O betrachtet den Schaden an den Fahrzeugen und setzt nach einigen Minuten seine Fahrt fort. T war nach dem Zusammenprall mehrere Minuten ohnmächtig und erlangte das Bewusstsein erst wieder, als O schon verschwunden war. T blieb noch eine halbe Stunde an der Unfallstelle. Während dieser Zeit kam niemand vorbei. Daraufhin fuhr auch T nach Hause.

**(2)** Durch ein riskantes Überholmanöver zwang T den ihm entgegenkommenden O zum Ausweichen, was zur Folge hatte, dass O über den Bürgersteig in eine Hecke fuhr. Am Fahrzeug des O entstand Sachschaden. T bekam dies zunächst nicht mit und fuhr weiter. Durch einen Blick in den Rückspiegel wurde er aber auf das Geschehen aufmerksam. T hielt am rechten Straßenrand an und stieg aus. Zu Fuß begab er sich zurück an den Unfallort und mischte sich unter die Menschen, die sich inzwischen an der Unfallstelle versammelt hatten. Nach einiger Zeit löste sich die Ansammlung auf. Auch O setzte sich wieder in seinen noch fahrtüchtigen Pkw und fuhr davon.

In Fall 1 hat sich der Unfallbeteiligte T (§ 142 Abs. 5) vom Unfallort entfernt. Zuvor hatte er nicht zugunsten des O Feststellungen ermöglicht bzw. angegeben, an dem Unfall beteiligt zu sein. Dies war ihm auch gar nicht möglich, da er nach Wiedererlangung des Bewusstseins die einzige am Unfallort anwesende Person war. Daraus folgt, dass er den objektiven Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 nicht erfüllt hat. Vielmehr verwandelte sich seine Feststellungsermöglichungspflicht in eine Wartepflicht, § 142 Abs. 1 Nr. 2.<sup>658</sup> Diese Pflicht hat T erfüllt, da er eine angemessene Zeit wartete, bevor er sich vom Unfallort entfernte. Strafbar gemacht haben könnte sich T allenfalls auf der Grundlage des § 142 Abs. 2 Nr. 1, sofern er es unterlassen hat, unverzüglich nachträglich die Feststellungen zu ermöglichen. In Fall 2 hatte T die Möglichkeit der Pflichterfüllung, solange sich außer ihm noch andere Menschen an der Unfallstelle befanden. Als er sich als letzter vom Unfallort entfernte, hatte er diese Möglichkeit nicht mehr. Deshalb wird in der Literatur zum Teil behauptet, nach dem Wortlaut des § 142 Abs. 1 Nr. 1 sei das Entfernen vom Unfallort zu diesem Zeitpunkt nicht tatbestandsmäßig. Denn mangels Pflichterfüllungsmöglichkeit sei das Entfernen keine Pflichtverletzung.<sup>659</sup> Richtig ist das Gegenteil: nach dem Wortlaut erfüllt den objektiven Tatbestand sogar, wer den Unfallort verlässt, kurz danach wieder zurückkehrt und dann am Unfallort die Feststellungen ermöglicht.<sup>660</sup> Dem liegt auch eine zutreffende Wertung zugrunde. Denn wer den Unfallort gerechtfertigt oder entschuldigt verlässt, ist gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 strafbar, sofern er es danach unterlässt, die Feststellungen unverzüglich nachträglich zu ermöglichen. Es wäre krass wertungswidersprüchlich, wenn strafflos bliebe, wer als letzter den Unfallort verlässt ohne gerechtfertigt oder entschuldigt zu sein und danach Feststellungen nicht nachträglich ermöglicht.<sup>661</sup>

Wegen der sekundären Strafbarkeit gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 hat der Unterschied zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung bei § 142 Abs. 1 Nr. 1 große praktische Bedeutung. Eine Entfernung vom Unfallort, die nicht auf einem objektiv tatbestandsmäßigen Verhalten des Unfallbeteiligten beruht, begründet keine strafbewehrte Pflicht zur unverzüglich nachträglichen Feststellungsermöglichung. Nach hM ist bei § 142 Abs. 1 Nr. 1 eine Rechtfertigung durch Ein-

658 Küpper/Börner StrafR BT I § 10 Rn. 54; Rengier StrafR BT II § 46 Rn. 17.

659 Berghäuser NStZ 2018, 602.

660 Eisele StrafR BT I Rn. 1198.

661 BGH NStZ 2018, 600 (601).

willigung möglich.<sup>662</sup> Um einen solchen Fall handelt es sich, wenn alle Personen, zu deren Gunsten der Täter Feststellungen zu ermöglichen hat, in dessen Verlassen des Unfallorts einwilligen. Bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit entfällt, wenn die Feststellungsberechtigten auf die Feststellungen oder die Mitwirkung des Unfallbeteiligten daran verzichten.<sup>663</sup>

**Fälle: (1)** Bei strömendem Regen kollidieren Pkw-Fahrer T und Fahrradfahrer R. Das Fahrrad des R wird beschädigt. T und R wollen nicht lange im Regen stehen und vereinbaren daher, sich in der 500 m vom Unfallort entfernten Gastwirtschaft zu treffen und dort in Ruhe alles zu besprechen. Statt zu der Gastwirtschaft fährt T nach Hause.

**(2)** Beim Rückwärtsausparken auf einem Baummarktplatz berührt der Pkw des S den rechts daneben geparkten Pkw der O. An diesem Fahrzeug entsteht ein Schaden in Höhe von 500 EUR. O, die gerade aus dem Baumarkt kam, beobachtete das Geschehen. S ist der Schwager der O. Diese geht davon aus, dass S ihr den Schaden ersetzen wird und legt daher auf eine Klärung vor Ort keinen Wert.

In **Fall 1** hat R auf die Feststellung der Tatsachen, die für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs (§ 823 BGB) gegen T erheblich sind, nicht verzichtet. Daher hat T den objektiven Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 erfüllt. Allerdings hat R darin einwilligt, dass sich T vom Unfallort entfernt. Dadurch könnte die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen sein. Die Wirksamkeit dieser Einwilligung hängt davon ab, ob sie willensmangelfrei ist. Hatte T insgeheim vor, sich der Aufklärung des Unfallgeschehens in der Gastwirtschaft zu entziehen, wurde die Einwilligung des R durch Täuschung erschlichen und ist daher unwirksam. Dann ist T bereits aus § 142 Abs. 1 Nr. 1 strafbar.<sup>664</sup> War hingegen die Einwilligung wirksam, machte sich T aus § 142 Abs. 2 Nr. 2 strafbar.<sup>665</sup> In **Fall 2** hat O von vornherein kein Interesse daran, an Ort und Stelle mit S die Angelegenheit zu besprechen. Unter dieser Voraussetzung existiert überhaupt kein Schutzgut.<sup>666</sup> Der objektive Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 kann nicht erfüllt werden.<sup>667</sup> Da § 142 Abs. 2 Nr. 2 nur nach berechtigtem oder entschuldigtem Entfernen, nicht aber nach einem nicht tatbestandsmäßigen Entfernen vom Unfallort eingreift, macht sich S auch nicht strafbar, wenn er es unterlässt, unverzüglich nachträglich Feststellungen zugunsten der O zu ermöglichen.

- 152 Die tatbestandsausschließende Wirkung des der Tat zustimmenden Willens zeichnet sich im Gesetzestext deutlich ab, wenn die Strafvorschrift ausdrücklich auf Handeln »gegen den Willen« abstellt. Das ist der Fall beim unbefugten Gebrauch eines Fahrzeugs, § 248b. Hat der Berechtigte – also der Eigentümer oder ein sonstiger Nutzungsberechtigter<sup>668</sup> – die Fahrzeugbenutzung erlaubt, ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.<sup>669</sup> Problematisch sind Fälle, in denen nach den Umständen von einem mutmaßlichen zustimmenden Willen des Berechtigten ausgegangen werden kann.

662 Eisele Strafr BT I Rn. 1220; Wessels/Hettinger/Engländer Strafr BT I S. 1064.

663 Kleszczewski Strafr BT § 15 Rn. 90; MüKoStGB/Zopfs § 142 Rn. 45.

664 Krey/Hellmann/Heinrich Strafr BT II/Hellmann Rn. 941, wo aber verkannt wird, dass gar kein Verzicht auf Feststellungen, sondern nur ein Verzicht auf Feststellungen am Unfallort vorlag.

665 Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 142 Rn. 53.

666 Krey/Hellmann/Heinrich Strafr BT II/Hellmann Rn. 929.

667 Krey/Hellmann/Heinrich Strafr BT II/Hellmann Rn. 940; MüKoStGB/Zopfs § 142 Rn. 55.

668 Kindhäuser/Böse Strafr BT II § 9 Rn. 6; Wessels/Hillenkamp/Schuh Strafr BT II Rn. 433.

669 LK/Vogel StGB § 248b Rn. 8; MüKoStGB/Hohmann § 248b Rn. 15; Rengier Strafr BT I § 6 Rn. 4; Schönke/Schröder/Bosch § 248b Rn. 7; Wessels/Hillenkamp/Schuh Strafr BT II Rn. 437.

**Fälle: (1)** T mietet beim Autoverleih O einen Pkw. Die vereinbarte Mietdauer beträgt sieben Tage. Wegen einer Verkehrsstörung bringt T das Fahrzeug erst nach acht Tagen zu O zurück.

**(2)** D hat dem E einen Pkw gestohlen. Privatdetektiv P, der von dem Versicherungsunternehmen V mit der Suche nach dem gestohlenen Fahrzeug beauftragt worden ist, findet D und den Pkw. P nimmt dem D den Wagen und die Fahrzeugschlüssel weg und fährt mit dem Pkw zu E.

Die Benutzung des Mietwagens durch T in **Fall 1** ist während der vertraglich vereinbarten Mietzeit kein unbefugter Gebrauch des Fahrzeugs. Als Begründung könnte man darauf abstellen, dass T während dieser Zeit selbst »Berechtigter« und schon deswegen kein tauglicher Täter ist.<sup>670</sup> Allerdings stellt sich dann die Frage, wie sich das auf die Rechtsposition des O als Berechtigter auswirkt. Verlöre O diese Stellung, wäre er strafrechtlich nicht davor geschützt, dass während der Mietzeit ein unbefugter Dritter den Pkw in Gebrauch nimmt. Zwar wäre das gegebenenfalls eine Straftat zum Nachteil des Mieters. Sofern dieser aber keinen Strafantrag stellt (§ 248b Abs. 3), könnte die Tat nicht verfolgt und geahndet werden.<sup>671</sup> Deswegen muss der Vermieter auch während der Mietzeit Berechtigter bleiben<sup>672</sup>, wobei seine Befugnisse gegenüber dem Mieter aufgrund des Mietvertrages eingeschränkt sind. Dass der das Fahrzeug vertragskonform nutzende Mieter den Tatbestand des § 248b Abs. 1 nicht erfüllt, beruht auf dem Fehlen entgegenstehenden Willens des Vermieters. Soweit – wie hier – die vereinbarte Mietzeit überzogen wird<sup>673</sup>, kann der Mieter vor Strafbarkeit allenfalls durch Rechtfertigung wegen mutmaßlicher Einwilligung bewahrt werden.<sup>674</sup>

In **Fall 2** erfüllt die Wegnahme des Pkw und der Fahrzeugschlüssel durch P zwar den objektiven Tatbestand des § 242 Abs. 1. P handelte aber ohne Zueignungsabsicht, da er den E nicht enteignen, sondern – im Gegenteil – seine durch D beeinträchtigte Herrschaftsstellung als Eigentümer des Pkw wiederherstellen wollte. Die Fahrt mit dem Pkw zu E könnte aber gem. § 248b Abs. 1 strafbar sein. Das hängt davon ab, ob diese Fahrt von P »gegen den Willen« des E durchgeführt wurde. Die sprachliche Fassung des § 248b Abs. 1 suggeriert ein Erfordernis eines real existierenden entgegenstehenden Willens. Bei diesem Textverständnis würde aber der strafrechtliche Schutz des § 248b jedem Eigentümer vorenthalten, der gar keine Kenntnis davon hat, dass ein anderer seinen Pkw zum Zwecke einer »kleinen Spritztour« in Gebrauch genommen hat. Ausreichend zur Tatbestandserfüllung ist daher auch ein aus den Umständen zu schließender entgegenstehender Wille.<sup>675</sup> Dieser lässt sich im obigen Fallbeispiel durchaus begründen. Zwar war E selbstverständlich an der Rückerlangung seines Pkw interessiert. Das impliziert jedoch nicht notwendig auch ein Einverständnis mit der konkreten Rückführungsaktion des P. Dieser hätte den E auch fernmündlich informieren können, woraufhin E entweder die Fahrt des P ausdrücklich gestattet oder mitgeteilt hätte, dass er seinen Wagen selbst abholen möchte.<sup>676</sup> Da P die Möglichkeit dieser Kontaktaufnahme mit E hatte, kommt eine mutmaßliche Einwilligung, die bei

670 LK/Vogel StGB § 248b Rn. 9.

671 So LK/Vogel StGB § 248b Rn. 15.

672 LK/Vogel StGB § 248b Rn. 2.

673 Dazu, dass das eine tatbestandsmäßige Ingebrauchnahme sein kann, LK/Vogel StGB § 248b Rn. 5.

674 Für Ausschluss der objektiven Tatbestandsmäßigkeit durch mutmaßliche Einwilligung LK/Vogel StGB § 248b Rn. 8.

675 LK/Vogel StGB § 248b Rn. 7.

676 Mitsch NZV 2015, 423 (426).

§ 248b nicht tatbestandsausschließende, sondern rechtfertigende Wirkung hat,<sup>677</sup> nicht in Betracht.

## 6. Unbefugtheit

### a) Allgemeines

- 153 Der Besondere Teil des StGB enthält zahlreiche Strafvorschriften, zu deren Text das Wort »unbefugt« gehört. In den meisten Bundesländern sind diese Straftatbestände allerdings nicht Stoff der Ersten Juristischen Prüfung im Strafrecht. Einige einschlägige Strafvorschriften sind immerhin in sieben oder acht Bundesländern Prüfungsstoff.<sup>678</sup> Daher soll das Thema hier berücksichtigt werden. Die Unbefugtheit ist Bestandteil des Strafrechts Allgemeiner Teil<sup>679</sup>, wird gleichwohl in den meisten Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil nicht erörtert.<sup>680</sup> Dass über »unbefugt« hier in einem Kapitel geschrieben wird, dessen Gegenstand der objektive Tatbestand ist, bedarf der Begründung: das gewichtigste Problem der Unbefugtheit ist nämlich ihr Standort im Straftat-  
aufbau.<sup>681</sup> In Betracht kommen der objektive Tatbestand und die Rechtswidrigkeit. Ordnet man die Unbefugtheit der Rechtswidrigkeitsstufe zu, reduziert sich die Funktion des Wortes im Gesetzestext auf den pauschalen deklaratorischen Hinweis, dass die Rechtswidrigkeit der Tat durch allgemeine Rechtfertigungsgründe – zB Notstand – ausgeschlossen werden kann. Anerkannt ist aber, dass die Unbefugtheit bei einigen Straftatbeständen bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit begründet, was in der Umkehrung bedeutet, dass eine Befugnis – der Täter handelt »befugt« – die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen kann (negatives Tatbestandsmerkmal<sup>682</sup>). Der Fall ist dies bei Straftatbeständen, die ein Verhalten pönalisieren, das ohne die Unbefugtheit überhaupt keinen Sozialschädlichkeitsgehalt aufweist, also kein typisches Unrecht ist. Einen Dokortitel zu führen ist per se noch kein objektiv tatbestandsmäßiges Verhalten gem. § 132a Abs. 1, egal, ob der Täter diesen Titel in einem Promotionsverfahren ordnungsgemäß erworben hat oder nicht.<sup>683</sup> Tatbestandsmäßig wird dieses Verhalten erst mit der »Unbefugtheit«, also der Tatsache, dass dem Täter keine Titelführungsbefugnis verliehen worden ist. Die Verleihung des Dokortitels hat daher nicht die Konsequenz, dass der erfolgreiche Promovend den Straftatbestand § 132a Abs. 1 Nr. 1 nun gerechtfertigt verwirklichen kann, sondern dass er den Tatbestand überhaupt nicht mehr verwirklichen kann.<sup>684</sup> Anders ist die Funktion der Unbefugtheit zB bei der Gewässerverunreinigung, § 324. Die zustandsverschlechternde Einwirkung auf ein Gewässer ist immer rechtsgutsbeeinträchtigend und daher typisches Unrecht. Durch eine wirksame Befugnis – etwa eine wasserrechtliche Erlaubnis (§ 8 WHG) – kann aber im Einzelfall das Unrecht ausgeschlossen werden. Die Befugnis ist somit ein Rechtfertigungsgrund.<sup>685</sup>

677 Wessels/Hillenkamp/Schuh Strafr BT II Rn. 437.

678 Vgl. dazu die verdienstvollen Informationen bei Joecks/Jäger zu §§ 132, 201, 238 StGB.

679 Schönke/Schröder/Eisele vor § 13 Rn. 65.

680 Vgl. aber Baumann/Weber/Mitsch/Eisele Strafr AT § 14 Rn. 25.

681 Kunze, Das Merkmal »unbefugt« in den Strafnormen des Besonderen Teils des StGB, 2014, S. 17.

682 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele Strafr AT § 6 Rn. 31.

683 **Hinweis:** Anders wäre es, wenn § 132a Abs. 1 StGB zB lauten würde: »Wer sich die Führung eines inländischen oder ausländischen Titels anmaßt ...«.

684 MüKoStGB/Hohmann § 132a Rn. 31; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 132a Rn. 19.

685 Kloepfer/Heger UmweltStrafr Rn. 194; Saliger UmweltStrafr Rn. 358; Schönke/Schröder/Heine/Schittenhelm § 324 Rn. 11.

## b) Einzelfälle

An dieser Stelle sollen zu Inhalt und Funktion der Unbefugtheit einige Informationen im Kontext der Strafvorschriften §§ 132, 201 und 238 gegeben werden. Beim Straftatbestand »Amtsanmaßung« (§ 132) korrespondiert die Unbefugtheit dem Fehlen der Grundlage eines »öffentlichen Amtes«, dessen Innehabung mit der Befugnis zur Vornahme der Handlung verbunden ist. Dass jemand das öffentliche Amt, dessen Innehabung er durch die Vornahme einer zu diesem Amt gehörenden Handlung vorspielt, tatsächlich nicht bekleidet, ist wesentlicher Bestandteil des tatbestandsmäßigen Verhaltens.<sup>686</sup> Wer als Amtsträger die amtliche Handlung vornimmt, erfüllt bereits den objektiven Tatbestand nicht, die seiner Amtsstellung entspringende Befugnis ist kein Rechtfertigungsgrund.<sup>687</sup> »Unbefugt« ist also ein Merkmal des objektiven Tatbestands des § 132.

Private Gespräche unter Verwendung technischer Instrumente abzuhören, aufzunehmen und die Aufnahme zu verbreiten (§ 201) sind Eingriffe in die Privatsphäre, die den generellen Charakter von Rechtsgutsverletzungen haben. Dass eine solche Tat Unrecht ist, braucht nicht durch eine zusätzliche Negativwertung als »unbefugt« bestätigt zu werden. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl dem Gesetzestext das Wort »unbefugt« hinzufügt, appelliert er damit an den Rechtsanwender, im Einzelfall das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen zu beachten. »Unbefugt« ist hier also gleichbedeutend mit »nicht gerechtfertigt«.<sup>688</sup> Allerdings wird dem Merkmal im Kontext des § 201 auch eine »Doppelfunktion« zugeschrieben. Je nach dem Grund der »Befugtheit« kann bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit oder erst die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein.<sup>689</sup> Soweit die Handlung des Täters mit Einverständnis der betroffenen Person erfolgt, ist die Tat nicht unbefugt, womit bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit entfällt.<sup>690</sup>

**Fälle:** (1) Jurastudentin J bereitet sich auf ihre mündliche Prüfung vor und übt daher den Aktenvortrag, der nach der Prüfungsordnung (zB § 9 Abs. 2 BbgJAO) Bestandteil der mündlichen Prüfung ist. Ihr Kommilitone T nimmt auf Bitten der J deren Probevorträge auf. Danach hört sich J die Aufnahmen an, um an ihrer Rhetorik und Sprechtechnik zu »feilen«.

(2) Gangster haben den Sohn eines wohlhabenden Unternehmerehepaars entführt, um von den Eltern Lösegeld zu erpressen. Dem von den Eltern beauftragten Privatdetektiv P gelingt es, ein Gespräch der beiden Entführer X und Y zu belauschen und mit einem Aufnahmegerät aufzunehmen. Die Aufnahme stellt P umgehend der Polizei zur Verfügung.

In beiden Fallbeispielen haben die Täter T und P nichtöffentlich gesprochene Worte auf Tonträger aufgenommen, § 201 Abs. 1 Nr. 1. Darüber hinaus wurden die Aufnahmen auch gebraucht bzw. Dritten zugänglich gemacht, § 201 Abs. 1 Nr. 2. Da in Fall 1 die Herstellung der Aufnahme von J initiiert und somit gebilligt wurde ist das Verhalten des T nicht anders zu bewerten, als wenn J selbst das Aufnahmegerät bedient hätte. Wegen des Einverständnisses der J hat T nicht unbefugt gehandelt. Aus diesem Grund ist die Aufnahme nicht objektiv tatbestandsmäßig. Der anschließende Gebrauch der

686 MüKoStGB/Hohmann § 132 Rn. 15; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 132 Rn. 5, 8.

687 Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 132 Rn. 11.

688 Schönke/Schröder/Eisele § 201 Rn. 29.

689 Eisele StrafR BT I Rn. 523.

690 Schönke/Schröder/Eisele § 201 Rn. 13.

Aufnahmen durch J ist schon deswegen nicht tatbestandsmäßig, weil Objekt der Tat das nichtöffentlich gesprochene Wort der J ist. Die Handlung der J betrifft also das eigene Rechtsgut. Auch der Tatbestand des § 201 Abs. 1 Nr. 2 setzt voraus, dass sich die Handlung des Täters auf das nichtöffentlich gesprochene Wort »eines anderen« bezieht. In **Fall 2** dient die Tat des P der Befreiung des entführten Kindes und damit der Abwehr des von den Entführern begangenen Angriffs. Daher kommt eine Rechtfertigung nach § 32 sowie nach § 34 (iVm § 228 BGB) in Betracht.<sup>691</sup> Wie in **Fall 1** wird also die Unbefugtheit der Tat ausgeschlossen, allerdings nicht auf der Ebene des objektiven Tatbestands, sondern wegen Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes auf der Ebene der Rechtswidrigkeit.

- 156 Die Umstände, die der Unbefugtheit einer Nachstellung iSd § 238 Abs. 1 entgegenstehen können, sind vielfältig. Verbreitet ist zwar die Ansicht, »unbefugt« entfalte seinen Einfluss auf die Strafbarkeit ausschließlich im objektiven Tatbestand.<sup>692</sup> Das wird aber der Unterschiedlichkeit der einschlägigen Tatsachen nicht gerecht. Daher hat »unbefugt« auch bei diesem Straftatbestand eine Doppelfunktion: soweit Formen des Nachstellens wegen Sozialadäquanz nicht unbefugt sind, fallen sie bereits aus dem objektiven Tatbestand heraus.<sup>693</sup> Ist sozialinadäquates Nachstellen zur Befriedigung vorrangiger berechtigter Interessen erforderlich, ist die Tat nicht unbefugt, weil sie gerechtfertigt ist.<sup>694</sup>

**Fälle: (1)** Die 25-jährige Schlagersängerin O wohnt in einem Haus mit Garten, den sie in der warmen Jahreszeit ausgiebig zum Sonnenbaden nutzt. Seit einem halben Jahr wird O von dem »Verehrer« T permanent verfolgt. T ist hoffnungslos in O verliebt und hat das Bedürfnis, ständig in ihrer Nähe zu sein. Eines Tages wird in dem Wohnhaus neben dem von O bewohnten Haus eine Mietwohnung frei. T erfährt davon und erreicht es, dass der Vermieter ihm diese Wohnung vermietet. Von nun an steht T den ganzen Tag auf seinem Balkon und starrt in den Nachbargarten, wo O im Bikini in der Sonne liegt. Nach zwei Tagen stellt O ihre Sonnenanbetung endgültig ein und hält sich nur noch in der Wohnung auf. Nach weiteren zwei Wochen kündigt O den Mietvertrag, zieht aus der Wohnung aus und sucht sich eine neue Wohnung in einem anderen Teil der Stadt.

**(2)** Die Kriminalpolizei verdächtigt die O, in ihrer Wohnung der Prostitution nachzugehen. In dem Mehrfamilienhaus leben auch Eltern mit minderjährigen Kindern. Um Beweise für das gem. § 184g Nr. 2 strafbare Treiben der O zu sammeln, steht vor dem Haus seit einer Woche 24 Stunden am Tag ein Pkw mit zwei Polizeibeamten, die den Eingang des Hauses beobachten und alle ein- und ausgehenden Personen fotografieren. Nach zwei Tagen fällt der O die polizeiliche Observation auf. Umgehend kündigt sie ihren Mietvertrag, räumt die Wohnung und sucht sich eine neue Unterkunft.

**(3)** In einem mittelamerikanischen Staat sind eines Tages 20 Studierende spurlos verschwunden. Schnell reift der Verdacht zur Gewissheit, dass auf Anordnung der Regierung örtliche Polizeikräfte die wegen ihrer »linken« politischen Gesinnung der Obrigkeit suspekten jungen Leute aus politischen Gründen entführt haben und an einem unbekanntem Ort gefangen halten und foltern. Die Mütter der Studierenden veranstalten nun Tag für Tag lautstarke Demonstrationen vor dem Privathaus des Polizeipräsidenten und verlangen Auskunft über den Verbleib ihrer Söhne und Töchter.

691 MüKoStGB/Graf § 201 Rn. 50.

692 Krey/Hellmann/Heinrich StrafR BT I/Hellmann Rn. 445; Küpper/Börner StrafR BT I § 3 Rn. 90; Rengier StrafR BT II § 26a Rn. 8.

693 Eidam JuS 2010, 869 (872).

694 Schönke/Schröder/Eisele § 238 Rn. 26.